



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2011

---

## **Überdenken der polizeilichen Generalklausel bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten**

Keller, Helen ; Bürli, Nicole

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-52547>  
Journal Article

Originally published at:

Keller, Helen; Bürli, Nicole (2011). Überdenken der polizeilichen Generalklausel bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten. Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 20(9):1143-1152.

# Überdenken der polizeilichen Generalklausel bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten



**HELEN KELLER**  
Prof. Dr. iur., Universität  
Zürich



**NICOLE BÜRLI**  
MLaw, wissenschaftliche  
Assistentin, Universität  
Zürich

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Begriff und Funktion der polizeilichen Generalklausel
- III. Kriterium der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung
  - A. Bundesgerichtspraxis bis 2010
    - 1. Numerus Clausus für das Medizinstudium
    - 2. Zwangsmedikamentation
    - 3. Fall Gsell
  - B. Neue Bundesgerichtspraxis
    - 1. Euthanasie eines Hundes
    - 2. Fall Rappaz
  - C. Zwischenfazit
- IV. Problematik
  - A. Fehlende Definition der Unvorhersehbarkeit
  - B. Ungenügende Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen
    - 1. Wegweisung und Fernhaltung der gefährdeten Person
    - 2. Wegweisung und Fernhaltung bei Gefährdung von Drittpersonen
    - 3. Wegweisung und Fernhaltung auch bei Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit
    - 4. Übersicht über die kantonalen Wegweisungsbestimmungen
  - C. Zwischenfazit
- V. Lösungsansätze
  - A. Grundsätzliches Festhalten am Unvorhersehbarkeitskriterium
  - B. Verzicht auf das Unvorhersehbarkeitskriterium bei staatlichen Schutzpflichten
    - 1. Staatliche Schutzpflichten
    - 2. Voraussetzungen für den Verzicht auf die Unvorhersehbarkeit
  - C. Differenzierung des Vorhersehbarkeitskriteriums
  - D. Zwischenfazit
- VI. Schlussbemerkungen

## I. Einführung

Veranstaltungen mit grösseren Menschenansammlungen wie Demonstrationen, Kundgebungen oder Sportanlässe stellen kantonale Behörden immer wieder vor rechtliche

und praktische Herausforderungen. Oft stützen sich polizeiliche Massnahmen anlässlich solcher Grossveranstaltungen auf die polizeiliche Generalklausel, obwohl die meisten Veranstaltungen keine unvorhersehbaren und untypischen Gefährdungslagen darstellen. Weil kantonale Polizeigesetze Lücken in Bezug auf die Wegweisung und Fernhaltung aufweisen, wird die Polizeigeneralklausel längst nicht nur in unvorhersehbaren Notsituationen herangezogen. Das war mit ein Grund, weshalb das Bundesgericht die Anwendung der Polizeigeneralklausel ausdehnte. Auf das Erfordernis der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung soll gemäss neuester Praxis verzichtet werden, wenn eine Gefahr für Leib und Leben besteht<sup>1</sup>. Diese Praxisänderung ist im Ansatz zwar zu begrüßen, löst die Probleme des Unvorhersehbarkeitskriteriums jedoch nur teilweise. Im vorliegenden Aufsatz werden daher alternative Lösungsansätze vorgeschlagen (Kapitel V). Zu diesem Zweck werden zuerst der Begriff der polizeilichen Generalklausel (Kapitel II), die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Kriterium der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung (Kapitel III) und die daraus resultierenden Probleme (Kapitel IV) dargelegt.

## II. Begriff und Funktion der polizeilichen Generalklausel

Eingriffe in Grundrechte bedürfen einer gesetzlichen Grundlage gemäss Art. 36 Abs. 1 BV<sup>2</sup>. Es gibt jedoch Situationen, die vom Gesetzgeber nicht vorhergesehen werden können, ein behördliches Handeln aber dennoch erfordern<sup>3</sup>. Deshalb anerkannte das Bundesgericht schon unter der Bundesverfassung von 1874 die polizeiliche Generalklausel, welche die Exekutive ermächtigt, Massnahmen zu treffen, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und zur Abwehr unmittelbar drohender schwerwiegender Gefährdungen notwendig sind<sup>4</sup>. Diese Ausnahme vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist in der Bundesverfassung von 1999 in Art. 36 Abs. 1 Satz 3 verankert: «Ausgenommen [vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage] sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.»

<sup>1</sup> Urteil des BGer 2C\_166/2009 vom 30. November 2009, E. 2.3.2.1; BGE 136 IV 97 E. 6.3.2, 114–115.

<sup>2</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>3</sup> Vgl. MARC RÉMY, *Droits des mesures policières*, Genf/Zürich/Basel 2008, 35.

<sup>4</sup> BGE 92 I 24 E. 5, 31.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung findet die polizeiliche Generalklausel Anwendung, wenn kumulativ vier Voraussetzungen erfüllt sind: die Gefährdung fundamentaler Schutzgüter, die zeitliche Dringlichkeit, das Fehlen einer geeigneten gesetzlichen Massnahme sowie das Vorliegen einer unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung<sup>5</sup>. Ein Blick in die bundesgerichtliche Praxis zeigt, dass vor allem die zuletzt genannte Voraussetzung problembehaftet ist. Wie nachfolgend dargelegt wird, tat sich das Bundesgericht seit der Einführung des Kriteriums der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung schwer mit dessen Anwendung und Auslegung und nahm daher immer wieder abweichende Interpretationen vor.

### III. Kriterium der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung

#### A. Bundesgerichtspraxis bis 2010

##### 1. Numerus Clausus für das Medizinstudium

Die Anwendungsvoraussetzung der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung wurde vom Bundesgericht 1995 im Entscheid zum Numerus Clausus für das Medizinstudium eingeführt. Das Bundesgericht stellte fest, dass die Anwendung der polizeilichen Generalklausel auf echte und unvorhersehbare Notfälle beschränkt sei. Daher stelle die überproportionale Belegung der Studienrichtung keine solche Notsituation dar, weil die Zunahme der Studierenden vorhersehbar war. Folglich kann eine Zulassungsbeschränkung nicht gestützt auf die polizeiliche Generalklausel vorgenommen werden<sup>6</sup>. Mit der Einführung der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung wollte das Bundesgericht verhindern, dass das Gesetzmässigkeitsprinzip unterlaufen wird, indem die Exekutive die polizeiliche Generalklausel auch in Situationen anwendet, die eigentlich dem Gesetzgeber vorbehalten sind<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> BGE 121 I 22 E. 4b/aa, 27–28; BGE 130 I 369 E. 7.3, 381; Urteil des BGer 2C\_166/2009 vom 30. November 2009, E. 2.3.2.1. Siehe auch ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Les droits fondamentaux, 2. A., Bern 2006, Rz. 206; GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2007, Art. 36, Rz. 16–17; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 312; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, Bern 2007, 94–96; PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 36 BV, Rz. 10; AXEL TSCHENTSCHER/ANDREAS LIENHARD, *Öffentliches Recht*, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 184.

<sup>6</sup> BGE 121 I 22 E. 4b/bb, 28–29.

<sup>7</sup> MARKUS MÜLLER, *Legalitätsprinzip – Polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis, Gedanken zu ei-*

## 2. Zwangsmedikamentation

Fünf Jahre nach Einführung des Kriteriums der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung hatte das Bundesgericht erneut Gelegenheit, über die polizeiliche Generalklausel zu entscheiden. Im vorliegenden Fall musste das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit von zwangsweise verabreichten Medikamenten zur Behandlung einer akuten schizophrenen Psychose, welche den Beschwerdeführer sowie Dritte gefährdete, beurteilen. Die Zwangsmedikamentation stützte sich mangels gesetzlicher Grundlage auf die Polizeigeneralklausel. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Anwendung der Generalklausel im vorliegenden Fall heikel sei, «weil Gefährdungslagen im psychiatrischen Anstaltsverhältnis der hier vorliegenden Art an sich typisch und einer gesetzlichen Regelung zugänglich sind.»<sup>8</sup> Trotz Fehlen der Unvorhersehbarkeit liess das Bundesgericht die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel zu, denn unter den gegebenen Umständen «schien die Vornahme einer medizinischen Zwangsbehandlung [...] der Situation am besten gerecht zu werden.»<sup>9</sup> Das Bundesgericht wich von seiner bisherigen Praxis ab, indem es einer pragmatischen und lösungsorientierten Auslegung gegenüber einer strikten Anwendung der Unvorhersehbarkeit den Vorzug gab.

## 3. Fall Gsell

Auch im Fall Gsell hielt das Bundesgericht zwar formell am Erfordernis der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung fest, nahm im vorliegenden Fall jedoch eine abweichende Interpretation vor. Das Bundesgericht war der Ansicht, dass die Polizei gestützt auf die polizeiliche Generalklausel berechtigt war, den Journalisten Gsell an der Weiterfahrt nach Davos ans World Economic Forum (WEF) zu hindern. Es sah in der Situation rund um das WEF vom Jahre 2001 keine typische Gefährdungslage, denn die Antiglobalisierungsbewegung sei ständigen und kurzfristigen Veränderungen unterworfen, welche eine unvorhersehbare Eigendynamik aufweise. Daher sei die Gefährdungslage nicht schon «seit längerer Zeit voraussehbar oder im Einzelnen in typischer Form erkennbar gewesen.»<sup>10</sup> Trotz der gewalttätigen Ausschreitungen am WEF 1999 und 2000 verneinte das Bundesgericht in diesem Fall die Vorhersehbarkeit der Ge-

nem neuen Bundesgerichtsentscheid betreffend die Frage der Zwangsmedikation im fürsorglichen Freiheitsentzug, ZBJV 2000, 740.

<sup>8</sup> BGE 126 I 112 E. 4c, 118.

<sup>9</sup> BGE 126 I 112 E. 4c, 119. Für weitere Hinweise vgl. die Bemerkungen bei MARKUS MÜLLER, *Zum Erfordernis einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für schwere Grundrechtseingriffe*, recht 1994, 35–40 sowie EUGEN BUCHER, *Das Horror-Konstrukt der «Zwangsmedikamentation»*: zweimal (ohne Zuständigkeit) ein Ausflug ins juristische Nirwana, ZBJV 2001, 802–804.

<sup>10</sup> BGE 130 I 369 E. 7.3, 383.

fährdung. Damit wich es erneut von seiner bisherigen Praxis ab, um der Schwierigkeit der Materie Rechnung zu tragen<sup>11</sup>.

Anders beurteilte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) den Fall. Nachdem das Bundesgericht die Beschwerde von Gsell als unbegründet abgewiesen hatte, gelangte er an den EGMR. Dieser stellte eine Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit fest, weil für dessen Einschränkung keine gesetzliche Grundlage bestanden habe. Der EGMR erachtete die Situation rund um das WEF als typisch und vorhersehbar und verneinte folglich die legitime Anwendung der polizeilichen Generalklausel<sup>12</sup>.

## B. Neue Bundesgerichtspraxis

### 1. Euthanasie eines Hundes

Den Verzicht auf das Kriterium der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung bei einer Gefahr für Leib und Leben führte das Bundesgericht in einem Entscheid ein, in dem es die Einschläferung eines Hundes überprüfen musste. Laut Sachverhalt fügte ein Hund, welcher von der Ehefrau des Hundebesitzers ausgeführt wurde, einer Velofahrerin schwere Bein- und Armverletzungen zu. Noch bevor der Hundebesitzer aus den Ferien zurückkehrte, wurde das Tier vom Kantonstierarzt eingeschläfert<sup>13</sup>. Mangels gesetzlicher Grundlage stützte das Bundesgericht die Euthanasie auf die polizeiliche Generalklausel. Dabei war es der Ansicht, dass bei einer Gefährdung von Leib und Leben das Kriterium der vorhersehbaren und typischen Gefährdung nicht sachgerecht und daher darauf zu verzichten sei. Begründet wurde dieser Entscheid mit der staatlichen Schutzpflicht für Leib und Leben. Die Untätigkeit des Gesetzgebers dürfe bei einer «ernsthaften und konkreten Gefährdung durch private Gewalt nicht zum Nachteil [sc. von Dritten] gereichen.»<sup>14</sup>

### 2. Fall Rappaz

Das Bundesgericht bestätigte seine Praxisänderung im Fall Rappaz. Der Hanfbauer Rappaz wurde wegen verschiedener Delikte zu einer unbedingten Gefängnisstrafe verurteilt. Um gegen seine Verurteilung zu protestieren, trat er in einen Hungerstreik. Dadurch verschlechterte sich sein Gesund-

heitszustand und er wurde in ein Spital eingeliefert. Die zuständige kantonale Behörde ordnete zudem an, dass alle lebensrettenden Massnahmen zu ergreifen seien, notfalls auch eine Zwangsernährung. Rappaz erhob daraufhin Beschwerde beim Bundesgericht<sup>15</sup>. Dieses schützte die notfalls angeordnete Zwangsernährung gestützt auf die polizeiliche Generalklausel<sup>16</sup>. Das Bundesgericht argumentierte, dass die polizeiliche Generalklausel zwar nur bei unvorhersehbaren und untypischen Gefährdungslagen Anwendung finde, davon jedoch eine Ausnahme zu machen sei, wenn eine Gefährdung für Leib und Leben drohe. Folglich war die Behörde befugt, trotz der grundsätzlichen Vorhersehbarkeit eines Hungerstreiks durch einen Gefangenen dessen Zwangsernährung anzuordnen<sup>17</sup>.

## C. Zwischenfazit

Die Rechtsprechung ist in Bezug auf die unvorhersehbare und untypische Gefährdungslage uneinheitlich. Um stossende Ergebnisse zu vermeiden, relativierte das Bundesgericht diese Voraussetzung verschiedentlich und dehnte so den Anwendungsbereich für die polizeiliche Generalklausel aus<sup>18</sup>. In der letzten Phase dieser Entwicklung änderte es seine Praxis dahingehend, dass das Kriterium der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdungslage nur dann angewandt wird, wenn keine Gefährdung für Leib und Leben besteht. Obwohl diese Praxisänderung zu begrüßen ist, bestehen nach wie vor Schwierigkeiten bei einer allfälligen Berufung auf die polizeiliche Generalklausel. Diese Schwierigkeiten ergeben sich vor allem aufgrund der fehlenden Definition der Vorhersehbarkeit und der ungenügenden Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen in den kantonalen Polizeigesetzen.

## IV. Problematik

### A. Fehlende Definition der Unvorhersehbarkeit

Die Schwierigkeit der polizeilichen Generalklausel liegt vor allem darin, dass das Bundesgericht den Begriff der unvorhersehbaren Gefährdung bisher kaum näher umschrieben hat und daher nicht ersichtlich ist, was darunter zu verstehen ist. So scheint das Bundesgericht in der Auslegung des Vorher-

<sup>11</sup> KIENER/KÄLIN (FN 5), 96; FRANZ ZELLER, WEF 2001: Fehlende Rechtsgrundlage für polizeiliche Wegweisung eines Journalisten, Urteil des EGMR *Gsell c. Schweiz* vom 8. Oktober 2009, medialex 2009, 224. Vgl. auch WALTER KÄLIN/REGINA KIENER/MARKUS MÜLLER/PIERRE TSCHANNEN/AXEL TSCHENTSCHER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005, ZBJV 2005, 658.

<sup>12</sup> *Gsell c. Suisse* (Appl. No. 12675/05), Urteil vom 8. Oktober 2009, Ziff. 58–59.

<sup>13</sup> Urteil des BGer 2C\_166/2009 vom 30. November 2009, Sachverhaltszusammenfassung A-B.

<sup>14</sup> Urteil des BGer 2C\_166/2009 vom 30. November 2009, E. 2.3.2.1.

<sup>15</sup> BGE 136 IV 97, Sachverhaltszusammenfassung A-E, 98–99.

<sup>16</sup> So auch MARKUS MÜLLER, Hungerstreik und Strafvollzug, NZZ Nr. 173 vom 29. Juli 2010, 19.

<sup>17</sup> Zur Problematik der Zwangsernährung vgl. ADRIAN KRÄHENMANN/ANDREAS SCHWEIZER/TOBIAS TSCHUMI, Hungerstreik im Strafvollzug, Drei Fragen zum Fall Bernard Rappaz, Jusletter 10. Januar 2011, Rz. 23–58.

<sup>18</sup> Ebenso BARBARA SAUER, Das Recht der Vollzugspolizeien von Bund und Kantonen in der Schweiz, Würzburg 2007, 243.



sehbarkeitskriteriums auf eine eher weitgefasste und abstrakt formulierte Vorhersehbarkeit abzustellen. Dementsprechend ist die Vorhersehbarkeit bereits dann gegeben, wenn die Gefährdungslage erkennbar war<sup>19</sup>. Allerdings argumentiert das Bundesgericht in der Subsumtion mit einer konkreteren Vorhersehbarkeit. Im Fall Gsell war es der Ansicht, dass die Situation rund um das WEF im Jahre 2001 nicht vorhersehbar war, weil die Legislative nicht wissen konnte, wo Demonstrationen stattfinden würden.

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte zwischen absolut unvorhersehbaren Gefahren und theoretisch vorhersehbaren Gefahren unterschieden werden. Zur ersten Kategorie gehören lediglich absurde, abartige und ganz aussergewöhnliche Gefahren, wie etwa die Bedrohung durch Ausserirdische. Zur zweiten Kategorie zählen all diejenigen Gefahren, welche sich theoretisch realisieren könnten bzw. bei welchen es nicht völlig abwegig ist, dass sie sich realisieren. In der heutigen globalisierten und digitalisierten Welt sind fast alle Gefahren theoretisch vorhersehbar, denn es gibt kaum mehr Gefahren, welche nicht in irgendeiner Weise schon irgendwo von irgendwem erkannt wurden<sup>20</sup>. Gefahren, welche theoretisch vorhersehbar sind, lassen sich in konkrete und abstrakte Gefahren unterteilen. Demnach ist eine Gefahr konkret, wenn erkennbar ist, wann, wie und wo sie sich realisieren wird. Die Verwirklichung der Gefahr muss zudem mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhergesehen werden können, damit sie als konkret vorhersehbar gelten kann<sup>21</sup>. Dies trifft auf die wenigsten Gefahren zu. Gerade wegen der Globalisierung und Digitalisierung, sind der Zeitpunkt, die Art sowie der Ort des Gefahreneintritts komplexer, internationaler und vielschichtiger geworden. Auch kann man aufgrund der erhöhten Mobilität von Fussballfans, Demonstranten etc. kaum vorhersehen, an welchem Ort sich ein Gefährdungspotenzial realisiert. Die meisten Gefahren sind daher abstrakter Natur, weil entweder der Ort, der Zeitpunkt und/oder das Ausmass der Gefährdung nicht vorhergesehen werden können. Diese Unterteilung in theoretisch vorhersehbare und absolut unvorhersehbare Gefahren einerseits sowie die Differenzierung zwischen konkreten und abstrakten Gefahren andererseits haben Auswirkungen auf die Anwendung der polizeilichen Generalklausel (vgl. Kapitel V.C).

## B. Ungenügende Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen

Die polizeiliche Generalklausel spielt beim polizeilichen Handeln im Zusammenhang mit Versammlungen und Mas-

senveranstaltungen eine grosse Rolle<sup>22</sup>. Das polizeiliche Handeln stützt sich meist auf kantonales Recht<sup>23</sup>. Bis Mitte der 90er Jahre hatten lediglich zehn Schweizer Kantone Polizeigesetze. In jüngerer Zeit wurden zahlreiche Polizeigesetze eingeführt oder revidiert, um unter anderem wiederkehrende Gefahren zu normieren, welchen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht mittels polizeilicher Generalklausel begegnet werden kann<sup>24</sup>. Als gesetzliche Grundlage für polizeiliche Massnahmen zur Gefahrenabwehr an Grossanlässen dienen vor allem Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen, welche sich in drei Kategorien einteilen lassen und nachfolgend dargelegt werden.

### 1. Wegweisung und Fernhaltung der gefährdeten Person

Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen älterer und nicht revidierter Polizeigesetze, wie z.B. dasjenige des Kantons Basel-Landschaft, bestimmen, dass die Polizei «vorübergehend Personen von einem Ort wegweisen oder fernhalten» kann «wenn sie ernsthaft und unmittelbar gefährdet sind.»<sup>25</sup> Gemäss Wortlaut steht die Gefährdung der wegzuweisenden Person im Vordergrund. So waren Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen ursprünglich für Katastrophen wie Hochwasser und Überschwemmung und die damit verbundenen Rettungsmassnahmen gedacht<sup>26</sup>. Nicht vom Wortlaut erfasst sind Personen, welche nicht sich selber oder Rettungskräfte gefährden, sondern Drittpersonen. Bei Polizeieinsätzen an Grossveranstaltungen mit gewalttätigen Demonstranten oder Hooligans, welche Drittpersonen gefährden, sind solche Bestimmungen ungenügend<sup>27</sup>. Für Wegweisungen und Fernhaltungen von potentiell gefährlichen Teilnehmern an den alljährlichen Harassenläufen im Kanton Basel-Landschaft beispielsweise besteht keine gesetzliche

<sup>22</sup> Siehe SIMON THURNHEER, Demonstrationsfreiheit in England und der Schweiz, Zürich 2010, 243–251; STEFAN LEUTERT, Polizeikostentragung bei Grossveranstaltungen, Zürich/Basel/Genf 2005, 87.

<sup>23</sup> MARKUS H. F. MOHLER, Sicherheitsrecht und Rechtssicherheit bei Sportveranstaltungen, in: Oliver Arter/Margareta Baddeley (Hrsg.), Sport und Recht, Bern 2008, 85.

<sup>24</sup> CARMEN TROCHSLER-HUGENTOBLE/ADRIAN LOBSIGER, Polizeiliche Befugnisse und Handlungsformen, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, Rz. 29–30.

<sup>25</sup> § 26 des Polizeigesetzes vom 28. November 1996 (GS 32.778). Ähnlich Art. 63 des Gesetzes über das Polizeiwesen vom 26. April 1987 (NG 911.1) des Kantons Nidwalden.

<sup>26</sup> Vgl. BGE 128 I 327 E. 4.3.1, 343; ANDREAS BAUMANN, Aargauisches Polizeigesetz, Praxiskommentar, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 386–387; HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, Bern 1993, 244.

<sup>27</sup> Vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., Bern 2009, § 55, Rz. 14.

<sup>19</sup> BGE 126 I 112 E. 4b, 118; BGE 130 I 369 E. 7.3, 381.

<sup>20</sup> So auch MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, Die polizeiliche Generalklausel, Ein Institut mit Reformbedarf, Sicherheit und Recht 2008, 17.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 111 Ia 322 E. 6a, 323; vgl. auch ANDREAS ZÜND/CHRISTOPH ERRASS, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 2011, 272.

Grundlage. Die Polizei kann daher nur gestützt auf die polizeiliche Generalklausel Personen wegweisen oder fernhalten. Dabei ist fraglich, ob die Gefahrenlage anlässlich der Harassenläufe als unvorhersehbar bewertet werden kann, denn mit zunehmender Beliebtheit des Anlasses seit den 90er Jahren wächst auch die Gefahr von Ausschreitungen<sup>28</sup>.

## 2. Wegweisung und Fernhaltung bei Gefährdung von Drittpersonen

Art. 42a des Polizeigesetzes des Kantons Basel-Stadt erlaubt der Kantonspolizei, «Personen von einem bestimmten öffentlichen Ort für höchstens 72 Stunden weg[zu]weisen, wenn diese Person Dritte gefährdet oder Dritten mit einer ernsthaften Gefährdung droht». Anders als die vorne erwähnte Kategorie geht es hier nicht um die Wegweisung und Fernhaltung der gefährdeten Person, sondern der gefährdenden Person. Gemäss Wortlaut kommt jedoch eine Wegweisung lediglich zur Anwendung, wenn die körperliche Integrität von Drittpersonen bedroht wird<sup>29</sup>. Bei der Beeinträchtigung anderer Rechtsgüter wie der öffentlichen Ordnung oder Eigentumsrechte Dritter kann keine Wegweisung erfolgen. Dies könnte aber bei Botellones<sup>30</sup>, Reclaim the Streets<sup>31</sup> und ähnlichen Veranstaltungen nötig sein.

## 3. Wegweisung und Fernhaltung auch bei Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

Weitergehende Bestimmungen erlauben eine Wegweisung nicht nur bei der Gefährdung von Personen, sondern auch bei der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. So lautet das Polizeigesetz des Kantons Zürich wie folgt:

«§ 33

<sup>1</sup> Die Polizei darf Personen von einem Ort wegweisen oder für längstens 24 Stunden fernhalten,

- a. wenn die Person oder eine Ansammlung von Personen, der sie angehört, die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet,
- b. wenn die Person oder eine Ansammlung von Personen, der sie angehört, Dritte erheblich belästigt, gefährdet oder unberechtigtweise an der bestimmungsgemässen Nutzung des öffentlich zugänglichen Raumes hindert.»<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Zum Harassenlauf vgl. z.B. ESTHER JUNDT, Saufen und laufen, NZZ Nr. 18 vom 4. Mai 2008, 16.

<sup>29</sup> Vgl. Beschluss des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt, Ratschlag zur Änderung des Gesetzes betreffend die Kantonspolizei, Ratschlag Nr. 08.0568.01, 5–6: die Gefährdung einer Person wird gleich verstanden wie in der Bestimmung zur Wegweisung bei häuslicher Gewalt. Sie ist gegen die physische und psychische Integrität einer Person gerichtet.

<sup>30</sup> Siehe z.B. Aufruf zu Botellón in Bern alarmiert die Stadtbehörden, NZZ Nr. 26, vom 28. Juni 2009, 8.

<sup>31</sup> Siehe z.B. «Reclaim the Streets», illegale Partys und Betrunkene, NZZ Nr. 211, vom 11. September 2010, 21.

<sup>32</sup> Polizeigesetz vom 23. April 2007 (LS 550.1).

Der Kanton Zürich hat diese Regelung eingeführt, um Ansammlungen von Dealern, Drogensüchtigen, gewalttätigen Punks oder Hooligans zu bekämpfen<sup>33</sup>. Einen vergleichbaren Platzverweis kennt der Kanton Bern. Das Bundesgericht hat dazu in einem umstrittenen Entscheid festgehalten, dass Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen genügende gesetzliche Grundlagen darstellen, um gegen Gewalt, Lärmemissionen, unkontrolliertes Ablagern von Abfall, drohende Sachbeschädigungen sowie gegen Gefährdungen von Personen vorzugehen<sup>34</sup>. Solche weitgehenden Bestimmungen bieten somit eine gesetzliche Grundlage für die Wegweisung und Fernhaltung von Personen, welche anlässlich von Grossveranstaltungen die öffentliche Ordnung und Eigentumsrechte Dritter gefährden<sup>35</sup>.

Eine ähnlich umfassende Wegweisungsbestimmung kennt das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen<sup>36</sup>. Gemäss diesem Konkordat können Personen, welche nachweislich Straftaten begangen oder dazu angestiftet haben, mit einem Rayonverbot belegt werden. Diese Rayonverbote haben ein ähnliches Ziel wie polizeigesetzliche Wegweisungs- und Fernhaltebestimmungen. Sie bezwecken das Fernhalten gewalttätiger Personen von Stadien, Bahnhöfen und Örtlichkeiten, welche zur Hin- und Rückfahrt benutzt werden<sup>37</sup>. Das Rayonverbot ist daher geeignet, um Gewalttaten an Sportveranstaltungen vorzubeugen<sup>38</sup>. Gemäss Bundesgericht stellt das Rayonverbot auch eine genügende gesetzliche Grundlage dar, um Grundrechte einzuschränken<sup>39</sup>. Dem Konkordat, welches seit

<sup>33</sup> Vgl. LUCA CIRIGLIANO, «Out of control?» Einige Gedanken zur Kybernetik des Rechts anhand des Vernehmlassungsverfahrens des kantonalzürcherischen Wegweisungsartikels gemäss § 21 Abs. 1 lit. d des Entwurfs für ein Polizeigesetz, in: Beatrice Luginbühl/Juana Schmidt (Hrsg.): Diskriminierung und Integration, Zürich/St. Gallen 2006, 68–70. Vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, LEGES 2008/3, 386.

<sup>34</sup> BGE 132 I 49 E. 6.3, 59; kritisch dazu DANIEL MÖCKLI, Bettelverbote: Einige rechtsvergleichende Überlegungen zur Grundrechtskonformität, ZBl 2010, 572–573; vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 27), § 55, Rz. 14.

<sup>35</sup> LEUTERT (FN 22), 89, 94. Vgl. auch die aufgeführten Wegweisungsbeispiele in GIANFRANCO ALBERTINI, Die polizeilichen Massnahmen gemäss Art. 9–22 des Polizeigesetzes des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004, Graubünden 2005, 28–29.

<sup>36</sup> Konkordate vom 15. November 2007 über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (GS 36.1298, SGS 702.14); Vorläufer des Konkordates waren Art. 24 a–c des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) (SR 120).

<sup>37</sup> BGE 137 I 31 E. 6.5., 47.

<sup>38</sup> ROBERT SOÛS/CHRISTOPH VÖGELI, BWIS-Massnahmen gegen Gewalt an Sportveranstaltungen: Top oder Flop? Das Rayonverbot und die Meldeauflage in der Praxis, Sicherheit und Recht 2008, 161.

<sup>39</sup> Urteil des BGer 1C\_16/2010 vom 16. November 2010, E. 9.1.

Januar 2010 in Kraft ist, sind sämtliche Kantone beigetreten<sup>40</sup>.

#### 4. Übersicht über die kantonalen Wegweisungsbestimmungen

Kanton	Wegweisung und Fernhaltung der gefährdeten Person	Wegweisung und Fernhaltung bei Gefährdung von Drittpersonen	Wegweisung und Fernhaltung auch bei Gefährdung der öffentl. Ordnung & Sicherheit	Keine Wegweisungs- und Fernhaltebestimmung
AG <sup>41</sup>			✓ (§ 34 PolG)	
AI <sup>42</sup>				✓
AR <sup>43</sup>			✓ (Art. 22 PolG)	
BE <sup>44</sup>			✓ (Art. 29 PolG)	
BL <sup>45</sup>	✓ (§ 26 PolG)			
BS <sup>46</sup>		✓ (§ 42a PolG)		
FR <sup>47</sup>			✓ (Art. 31d PolG)	
GE <sup>48</sup>			✓ (Art. 22A LPol)	
GL <sup>49</sup>			✓ (Art. 15 PolG)	
GR <sup>50</sup>			✓ (Art. 12 PolG)	
JU <sup>51</sup>				✓
LU <sup>52</sup>			✓ (§ 19 KapoG)	
NE <sup>53</sup>				✓
NW <sup>54</sup>	✓ (Art. 63 PolG)			
OW <sup>55</sup>			✓ (Art. 18 PolG)	
SG <sup>56</sup>			✓ (Art. 29 PolG)	
SH <sup>57</sup>			✓ (§ 31 PolV)	
SO <sup>58</sup>			✓ (§ 37 PolG)	
SZ <sup>59</sup>			✓ (§ 19 PolV)	
TG <sup>60</sup>				✓
TI <sup>61</sup>			✓ (Art. 10 LPol)	
UR <sup>62</sup>			✓ (Art. 22 PolG)	
VD <sup>63</sup>				✓
VS <sup>64</sup>				✓
ZG <sup>65</sup>		✓ (§ 16 PolG)		
ZH <sup>66</sup>			✓ (§ 33 PolG)	

Abbildung 1

<sup>40</sup> Medienmitteilung der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -Direktoren vom 29.12.2009 <<http://www.kkjpd.ch/images/upload/091228%20Medienmitteilung%20Konkordat%20Sport%20d.pdf>> (zuletzt besucht am 27. Juli 2011).

<sup>41</sup> Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit vom 6. Dezember 2005 (SAR 531.200).

<sup>42</sup> Polizeigesetz vom 29. April 2001 (GS 550.000).

<sup>43</sup> Polizeigesetz vom 13. Mai 2002 (bGS 521.1).

<sup>44</sup> Polizeigesetz vom 8. Juni 1997 (BSG 551.1).

<sup>45</sup> Polizeigesetz (FN 25).

<sup>46</sup> Gesetz über die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt vom 13. November 1996 (SG 510.100).

<sup>47</sup> Gesetz vom 15. November 1990 über die Kantonspolizei (SGF 551.1).

<sup>48</sup> Loi sur la police vom 26. Oktober 1957 (RSG F 1 05).

<sup>49</sup> Polizeigesetz des Kantons Glarus vom 6. Mai 2007 (GS V A/11/1).

<sup>50</sup> Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 20. Oktober 2004 (BR 613.000).

Eine Übersicht über die kantonale Polizeigesetzgebung (Abbildung 1) in Bezug auf die Wegweisung und Fernhaltung zeigt, dass in einigen Kantonen Lücken bestehen: sechs kantonale Polizeigesetze verfügen über gar keine Wegweisungs- und Fernhaltebestimmung, zwei Kantone haben eine Wegweisungs- und Fernhaltebestimmung nur für die gefährdete Person und in zwei Kantonen kann die Polizei lediglich Personen wegweisen und fernhalten, welche Drittpersonen ernsthaft gefährden. 16 Kantone kennen eine Wegweisung und Fernhaltung für Personen, welche die öffentliche Ordnung erheblich stören. In zwei dieser Kantone ist die Wegweisung jedoch in einer Verordnung geregelt. Dies bedeutet, dass die Polizei in zwölf Kantonen regelmässig auf die polizeiliche Generalklausel zurückgreifen muss. Dabei ist die Eskalierungsgefahr nicht bei sämtlichen Veranstaltungen unvorhersehbar. Dennoch stützen sich kantonale Behörden, mangels gesetzlicher Grundlage, auf die Polizeigeneralklausel. So hielt z.B. der Schwyzer Regierungsrat die polizeiliche Generalklausel anlässlich der 1. August-Feier 2006 für anwendbar, um Rechtsextreme vom Rütli fernzuhalten<sup>67</sup>. Ähnlich urteilte das Züricher Obergericht bei der Festnahme von über 400 Personen im Dezember 2004 anlässlich des Fussballspiels zwischen dem FC Basel und dem Grasshopper Club Zürich<sup>68</sup>. Beide Veranstaltungen sind mit wiederkehrenden Gefährdungen konfrontiert und können wohl nicht als abstrakt unvorhersehbar im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angesehen werden. Gleiches gilt für die vorne erwähnte Veranstaltung der Harassenläufe im Kanton Basel-Landschaft.

<sup>51</sup> Loi sur la police cantonale vom 4. Dezember 2004 (SRJU 551.1).

<sup>52</sup> Gesetz über die Luzerner Polizei vom 27. Januar 1998 (SRL 350).

<sup>53</sup> Loi sur la police neuchâteloise vom 20. Februar 2007 (RSN 561.1).

<sup>54</sup> Gesetz über das Polizeiwesen (FN 25).

<sup>55</sup> Gesetz über die Kantonspolizei vom 4. Juni 1972 (GDB 510.1).

<sup>56</sup> Polizeigesetz vom 10. April 1980 (sGS 451.1).

<sup>57</sup> Gesetz über die Organisation des Polizeiwesens vom 21. Februar 2000 (SHR 354.100); Polizeiverordnung, vom 22. Oktober 2002 (SHR 354.111).

<sup>58</sup> Gesetz über die Kantonspolizei vom 23. September 1990 (BGS 511.11).

<sup>59</sup> Verordnung über die Kantonspolizei vom 22. März 2000 (SRSZ 520.110).

<sup>60</sup> Polizeigesetz vom 16. Juni 1980 (RB 551.1).

<sup>61</sup> Legge sulla polizia vom 12. Dezember 1989 (RL 1.4.2.1).

<sup>62</sup> Polizeigesetz vom 30. November 2008 (RB 3.811.1).

<sup>63</sup> Loi sur la police cantonale vom 17. November 1975 (RSV 133.11).

<sup>64</sup> Gesetz über die Kantonspolizei vom 20. Januar 1953 (SGS 550.1).

<sup>65</sup> Polizeigesetz vom 30. November 2006 (BGS 512.1).

<sup>66</sup> Polizeigesetz vom 23. April 2007 (LS 550.1).

<sup>67</sup> EGVSZ 2007, C.17.1, 206–222 (Regierungsrat Schwyz).

<sup>68</sup> ZR 107/2008 Nr. 75, 257 ff. (261), E. 14 (Zürcher Obergericht).

### C. Zwischenfazit

Das bundesgerichtliche Erfordernis der Unvorhersehbarkeit wirft vor allem zwei Fragen auf, die mit zwei neuen Lösungsansätzen beantwortet werden können. Erstens ist die polizeiliche Generalklausel teilweise die einzige gesetzliche Grundlage, um schweren Gefährdungen an Grossveranstaltungen zu begegnen. Handelt es sich um eine wiederkehrende Gefahr, fehlt eine Eingriffslegitimation und die Exekutive müsste auch eine schwerwiegende Schädigung in Kauf nehmen. Immerhin müssen dank der neusten Rechtsprechung keine schweren Störungen in Kauf genommen werden, wenn vorhersehbare Gefahren für Leib und Leben drohen. Dennoch fehlt eine Handlungsgrundlage, um beispielsweise drohendem Vandalismus zu begegnen, obwohl wie bei Leib und Leben der Staat verpflichtet sein kann, Eigentum zu schützen<sup>69</sup>. Die Ausnahme vom Unvorhersehbarkeitskriterium muss daher ergänzt werden (nachfolgend Kapitel V.B). Zweitens wurde der Begriff der Vorhersehbarkeit vom Bundesgericht bisher nicht näher umschrieben, und es ist daher unklar, welche Situation das Bundesgericht als unvorhersehbar erachtet. Somit ist es unerlässlich, den Begriff der vorhersehbaren Gefahr differenzierter anzuwenden, als dies bisher von der Lehre und vom Bundesgericht getan wurde (nachfolgend Kapitel V.C).

## V. Lösungsansätze

### A. Grundsätzliches Festhalten am Unvorhersehbarkeitskriterium

Das Kriterium der Unvorhersehbarkeit ist seit seiner Einführung umstritten. Anlass zur Kritik gab vor allem die fehlende Eingriffslegitimation bei schweren, aber vorhersehbaren Gefahren<sup>70</sup>. Teilweise postulierte die Lehre, dass die Unvorhersehbarkeit als Anwendungskriterium der Polizeigeneralklausel aufgegeben werden sollte<sup>71</sup>. Damit wäre der Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel immer dann erlaubt, wenn fundamentale Rechtsgüter bedroht sind, ungeachtet der Vorhersehbarkeit der Gefährdung<sup>72</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre ein vollumfänglicher Verzicht auf die Unvorhersehbarkeit unvereinbar mit dem Bestimmtheits-erfordernis für Polizeinormen. Es wäre widersprüchlich, einerseits hohe Bestimmtheitsanforderungen an Polizeinormen zu stellen, und andererseits in nicht geregelten Bereichen polizeiliches Handeln gestützt auf die polizeiliche General-

klausel ohne Weiteres zuzulassen<sup>73</sup>. Zudem soll das Unvorhersehbarkeitskriterium verhindern, dass sich die Exekutive Handlungsvollmachten in Bereichen erteilt, in denen die Legislative dies gerade nicht wollte<sup>74</sup>. Die polizeiliche Generalklausel kommt daher grundsätzlich nur bei unvorhersehbaren Gefährdungslagen zur Anwendung<sup>75</sup>. Der schwierigen Beurteilung der Unvorhersehbarkeit soll aber Rechnung getragen werden, indem erstens auf das Vorhersehbarkeitskriterium verzichtet wird, wenn staatliche Schutzpflichten bestehen (nachfolgend B.), und zweitens zwischen abstrakter und konkreter Vorhersehbarkeit differenziert wird in Fällen, in denen keine staatlichen Schutzpflichten bestehen (vgl. Abbildung 2).

### B. Verzicht auf das Unvorhersehbarkeitskriterium bei staatlichen Schutzpflichten

#### 1. Staatliche Schutzpflichten

Es ist heute allgemein anerkannt, dass Grundrechte nicht nur abwehrende Funktionen haben, sondern auch staatliche Schutzpflichten zu begründen vermögen<sup>76</sup>. Die positive Pflicht des Staates, für die Verwirklichung der Grundrechte zu sorgen, ist allgemein in Art. 35 BV verankert<sup>77</sup>. Ein konkreter positiver Schutzanspruch ergibt sich sodann aus dem spezifischen Grundrecht<sup>78</sup>. So verpflichtet das Recht auf Leben den Staat, einerseits Menschen nicht zu töten und andererseits zu verhindern, dass Menschen durch andere Menschen getötet werden<sup>79</sup>. Auch der EGMR hat in seiner ständigen Rechtsprechung staatliche Schutzpflichten bejaht.

<sup>69</sup> Vgl. z.B. BGE 119 Ia 28 E. 2, 31.

<sup>70</sup> MÜLLER/JENNI, Die Polizeiliche Generalklausel (FN 20), 17; KIENER/KÄLIN (FN 5), 95.

<sup>71</sup> MÜLLER/JENNI, Die Polizeiliche Generalklausel (FN 20), 18; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 27), § 56, Rz. 19.

<sup>72</sup> MÜLLER/JENNI, Die Polizeiliche Generalklausel (FN 20), 18.

<sup>73</sup> WERNER RITTER, Schutz der Freiheitsrechte durch genügend bestimmte Normen, Chur/Zürich 1994, 284.

<sup>74</sup> BGE 136 IV 97 E. 6.3.2, 115. Vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, Demokratie, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2008, Rz. 36.

<sup>75</sup> So auch MARKUS H. F. MOHLER, Die polizeiliche Generalklausel – vom EGMR anerkannt und deren Anwendbarkeit begrenzt, Jusletter 11. Januar 2010, Rz. 25; ZÜND/ERRASS (FN 21), 293.

<sup>76</sup> BGE 126 II 300 E. 5a, 314; SAMANTHA BESSON, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux, ZSR 2003, 70; MAHON (FN 5), Art. 35 BV, Rz. 4; JÖRG PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thüer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39, Rz. 37; RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 35 BV, Rz. 13.

<sup>77</sup> MARKUS SCHEFER, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP/PJA 2002, 1133–1134.

<sup>78</sup> BESSON (FN 76), 74–75; BIAGGINI (FN 5), Art. 35 BV, Rz. 7; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009, Rz. 1177.

<sup>79</sup> KIENER/KÄLIN (FN 5), 34; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. A., Bern 2008, 53.



Gestützt auf das Recht der Privatsphäre garantierte er beispielsweise einen positiven Anspruch auf gesetzliche Massnahmen, welche einer 16-jährigen geistig behinderten Frau ermöglichen, eine strafrechtliche Klage gegen ihren Peiniger einzureichen<sup>80</sup>.

Das Bundesgericht stützte den Verzicht der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung bei Bedrohung von Leib und Leben ebenfalls auf eine staatliche Schutzpflicht. So argumentierte es, dass «ein Untätigsein des Gesetzgebers [...] dem möglichen Opfer einer ernsthaften und konkreten Gefährdung durch private Gewalt nicht zum Nachteil reichen» darf, «zumal in diesem Bereich staatliche Schutzpflichten bestehen.»<sup>81</sup> Diese Praxisänderung als auch deren Abstützung auf staatliche Schutzpflichten sind zu begrüssen. Jedoch sind positive Schutzpflichten nicht auf das Recht von Leben und den Schutz der körperlichen Unversehrtheit beschränkt. Auch der Anspruch Privater auf Schutz des Eigentums kann eine staatliche Pflicht begründen. So hat das Bundesgericht den Anspruch eines Hauseigentümers auf polizeiliche Massnahmen zum Schutz seiner Liegenschaft vor Besetzern geschützt<sup>82</sup>. Ähnlich verhält es sich mit den Kommunikationsgrundrechten. Das Bundesgericht gewährte friedlichen Demonstranten einen Anspruch auf Polizeischutz vor gewalttätigen Gegenreaktionen<sup>83</sup>. Eine Ergänzung der bundesgerichtlichen Praxis wäre daher angezeigt. Je nach Sachlage und staatlicher Verpflichtung sollte es bei Gefährdungen von polizeilichen Schutzgütern und Grundrechten möglich sein, auf das Erfordernis der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung zu verzichten<sup>84</sup>.

## 2. Voraussetzungen für den Verzicht auf die Unvorhersehbarkeit

Damit auf das Erfordernis der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung im Rahmen staatlicher Schutzpflichten verzichtet werden kann, müssen kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Die Schutzpflicht richtet sich an diejenige Staatsgewalt, welche sich auf die polizeiliche Generalklausel beruft (meistens die Exekutive).

2. Die auf dem Spiel stehenden Grundrechte sind vergleichbar oder das Grundrecht, welches staatliche Schutzpflichten hervorruft, ist höher zu gewichten als das Grundrecht, in das eingegriffen wird.

3. Es droht eine schwere Verletzung fundamentaler Rechtsgüter.

Die zweite und dritte Voraussetzung entsprechen den vom Bundesgericht genannten Kriterien zur Bestimmung, ob überhaupt eine positive Pflicht des Staates begründet werden kann<sup>85</sup>. Die erste Voraussetzung ergibt sich aus der Rechtsnatur der Schutzpflicht. Diese muss für die handelnde Behörde begründet werden können. Besteht eine Schutzpflicht lediglich für den Gesetzgeber, ist die Exekutive weder verpflichtet, noch befugt zu handeln.

Diese drei Voraussetzungen bestimmen nicht nur, ob eine Schutzpflicht besteht, sondern sie begrenzen auch die Anwendung der polizeilichen Generalklausel. Auch mit der hier postulierten Ausnahme des Kriteriums der Unvorhersehbarkeit wäre das Bundesgericht z.B. im Numerus Clausus Fall zum gleichen Ergebnis gelangt. Die betroffenen Personen der Universität können kein grundrechtlich geschütztes Schutzgut geltend machen, welches ein aktives Handeln der Exekutive erfordern würde. Folglich kann sich die Exekutive nicht auf die polizeiliche Generalklausel stützen, denn die Gefährdung des Schutzgutes war für die Legislative vorhersehbar.

Obwohl die polizeiliche Generalklausel durch den Verzicht der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung im Rahmen staatlicher Schutzpflichten ausgedehnt wird, geht sie weniger weit als die Wegweisungsbestimmungen, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung schützen<sup>86</sup>. Gestützt auf das bernische Polizeigesetz können beispielsweise Personen, welche Alkohol konsumieren, Abfall und Lärm produzieren und so die öffentliche Ordnung stören, wegweisen werden. Gestützt auf die polizeiliche Generalklausel wäre dies nicht möglich. Es bestehen keine Schutzpflichten des Staates, andere Personen vor derartigen Beeinträchtigungen oder Unbequemlichkeiten zu schützen.

## C. Differenzierung des Vorhersehbarkeitskriteriums

In Bereichen, in denen keine staatlichen Schutzpflichten bestehen, muss zwischen absolut unvorhersehbaren Gefahren und theoretisch vorhersehbaren Gefahren einerseits und zwischen konkreten und abstrakten Gefahren andererseits differenziert werden. Wie vorne beschrieben, gibt es Gefahren, welche so aussergewöhnlich sind, dass sie absolut unvorhersehbar sind und daher einen Anwendungsfall für die polizei-

<sup>80</sup> *X and Y v. the Netherlands* (Appl. No. 8978/80), Urteil vom 26. März 1985, Series A 91, Ziff. 27; vgl. z.B. auch *Saoud c. France* (Appl. No. 9375/02), Urteil vom 9. Januar 2008, Ziff. 98–104 (Recht auf Leben); *Öllinger v. Austria* (Appl. No. 76900/01), Urteil vom 29. September 2006, Reports 2006-IX, Ziff. 37 (Demonstrationsfreiheit).

<sup>81</sup> Urteil des BGer 2C\_166/2009 vom 30. November 2009, E. 2.3.2.1; so auch BGE 136 IV 97 E. 6.3.2, 115.

<sup>82</sup> BGE 119 Ia 28 E. 2, 31.

<sup>83</sup> BGE 127 I 164 E 3b, 169; so auch der EGMR in *Plattform «Ärzte für das Leben» v. Austria* (Appl. No. 10126/82), Urteil vom 21. Juni 1988, Series A 139, Ziff. 32.

<sup>84</sup> Ähnlich ZÜND/ERRASS (FN 21), 290.

<sup>85</sup> BGE 119 Ia 28 E. 2, 31; BESSON (FN 76), 76.

<sup>86</sup> Vgl. vorne Kapitel IV.B.3.

liche Generalklausel darstellen. Alle anderen Gefahren sind theoretisch vorhersehbar. Diese Gefahren lassen sich in abstrakt und konkret vorhersehbare Gefahren unterteilen (vgl. Abbildung 2). Konkrete Gefahren, bei denen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhergesehen werden kann, wann, wie und wo sie sich realisieren, dürfen nicht gestützt auf die polizeiliche Generalklausel behoben werden. Solche Gefahren müssen von der Legislative normiert werden<sup>87</sup>. Demgegenüber sind Gefahren, die zwar theoretisch vorhersehbar sind, sich aber an einem relativ unbestimmten Ort oder zu einem relativ unbestimmten Zeitpunkt realisieren können, lediglich abstrakt vorhersehbar. Dies trifft beispielsweise auf die Situation rund um das WEF zu. So konnte man nicht von vorneherein wissen, an welchem Ort die Antiglobalisierungsdemonstrationen stattfinden werden. Die polizeiliche Generalklausel kann in solchen Situationen grundsätzlich herangezogen werden, es sei denn, die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel oder auf die fehlende Vorhersehbarkeit käme einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Behörde gleich<sup>88</sup>. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn die Exekutive die Unvorhersehbarkeit einer Gefährdung geltend machen würde, obgleich sie wusste, dass die Legislative bewusst auf eine Regelung verzichtet hat. Ebenfalls als rechtsmissbräuchlich einzustufen wären Fälle, in denen sich die Exekutive zweckwidrig auf die polizeiliche Generalklausel berufen würde. Dies könnte zum Beispiel im Numerus Clausus-Entscheid vorgebracht werden. Zweck der Polizeigeneralklausel ist es nicht, finanzielle Ressourcen des Staates zu schonen<sup>89</sup>. Schliesslich käme die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel oder die fehlende Vorhersehbarkeit einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten gleich, wenn Grundrechte vieler Betroffener stark eingeschränkt würden, um weniger wichtige Interessen des Staates oder weniger Drittpersonen zu schützen.

## D. Zwischenfazit

Positive Schutzpflichten können die Exekutive zum Handeln verpflichten. Dabei vermag derselbe staatliche Akt Grundrechte sowohl zu schützen als auch einzuschränken. Schützt die Polizei beispielsweise Demonstranten vor einer potentiell gewalttätigen Gegendemonstration, beeinträchtigt sie

gleichzeitig das Recht der Gegendemonstranten<sup>90</sup>. Mangels konkreter rechtlicher Grundlagen für die Beeinträchtigung des Grundrechts wird oft die polizeiliche Generalklausel herangezogen. Es ist daher unerlässlich, die polizeiliche Generalklausel so auszugestalten, dass sie als taugliches Instrument die gesetzliche Grundlage zu ersetzen vermag. Deshalb sollte ungeachtet der Vorhersehbarkeit der Gefährdung die polizeiliche Generalklausel angewendet werden können, wenn staatliche Schutzpflichten bestehen. Ist der Staat nicht verpflichtet Polizeigüter zu schützen, sollte die Polizeigeneralklausel lediglich bei abstrakten Gefahren herangezogen werden.

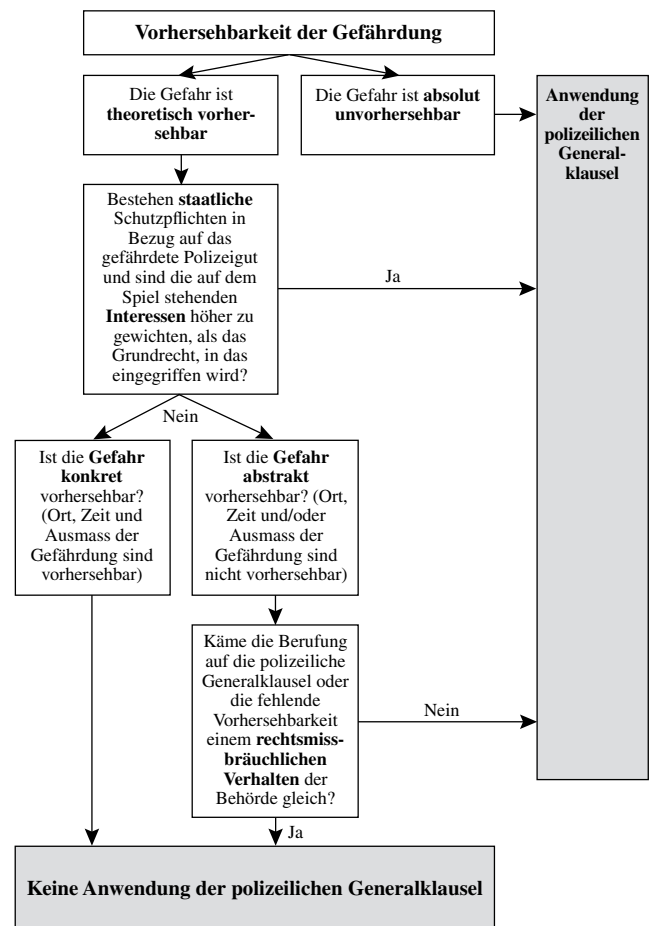


Abbildung 2

## VI. Schlussbemerkungen

Die Analyse der Rechtsprechung hat gezeigt, dass das Bundesgericht das Kriterium der Unvorhersehbarkeit uneinheitlich anwendet. Insbesondere in Fällen, in denen Leib

<sup>87</sup> Zur hinreichenden Wahrscheinlichkeit im Zusammenhang mit der Verletzung polizeilicher Schutzgüter vgl. ZÜND/ERRASS (FN 21), 271–272.

<sup>88</sup> Ähnlich KÄLIN/KIENER/MÜLLER/TSCHANNEN/TSCHENTSCHER (FN 11), 658, wo AXEL TSCHENTSCHER darauf hinweist, dass das Bundesgericht das Kriterium der unvorhersehbaren und untypischen Gefährdung nicht mehr als Tatbestandsvoraussetzung behandelt, sondern als blosses Rechtsmissbrauchsverbot.

<sup>89</sup> Zu den Fallkategorien des Rechtsmissbrauchsverbotes vgl. THOMS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005, 51–66.

<sup>90</sup> Ähnlich BGE 127 I 164 E. 3b, 169.

und Leben auf dem Spiel stehen, hat das Bundesgericht die Vorhersehbarkeit meist verneint. So auch im Fall Gsell, nach dessen Urteil es umstritten war, ob die Gefahr gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung tatsächlich nicht vorhersehbar war<sup>91</sup>. Um solche uneinheitlichen Anwendungen zu vermeiden, hat das Bundesgericht in der neuesten Rechtsprechung auf das Kriterium der Unvorhersehbarkeit verzichtet, wenn Leib und Leben bedroht sind. Damit ist das Problem jedoch nicht gelöst, sondern lediglich umgangen. Auch mit dieser Neuerung ist nicht klar, was unter der Vorhersehbarkeit einer Gefahr zu verstehen ist. Das Unvorhersehbarkeitskriterium als Anwendungsvoraussetzung der Polizeigeneralklausel muss daher überdacht werden. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Vorhersehbarkeit einer Gefahr keine Rolle spielen in Situationen, in denen der Staat verpflichtet ist, Polizeigüter zu schützen. In Bereichen, in denen keine staatliche Schutzpflicht besteht, muss zudem zwischen abstrakter und konkreter Gefährdung unterschieden werden. Dabei besteht bei letzterer kein Raum für die polizeiliche Generalklausel. Abstrakten Gefahren kann hingegen mit der Polizeigeneralklausel begegnet werden, solange die Behörde sich nicht rechtsmissbräuchlich auf die polizeiliche Generalklausel oder die fehlende Vorhersehbarkeit beruft.

Dans des arrêts récents, le Tribunal fédéral a modifié sa pratique relative à la clause générale de police. Il renonce désormais à la condition de l'imprévisibilité d'un risque lorsque la vie et l'intégrité corporelle de personnes sont menacées. Bien que ce changement de pratique soit réjouissant quant à son principe, il ne résout que partiellement les problèmes du critère d'imprévisibilité. Le sens exact que le Tribunal fédéral attribue au terme d'imprévisibilité d'un risque n'est toujours pas clairement déterminé. Une légitimation à intervenir pour contrer les troubles récurrents lors de manifestations de grande ampleur fait par ailleurs défaut, ce qui peut avoir pour conséquence de contraindre les autorités à s'accommoder du risque de déprédations majeures. Les auteures considèrent qu'il y aurait lieu de renoncer à l'imprévisibilité d'un risque lorsque l'État a un devoir de protection (c.-à-d. non seulement lorsque la vie et l'intégrité corporelle sont menacées). Dans les domaines où il n'existe pas de devoir de protection étatique, elles recommandent de distinguer entre mise en danger abstraite et concrète. Seul le premier cas permettrait ainsi d'invoquer la clause générale de police.

(trad. LT LAWTANK, Berne)

<sup>91</sup> Vgl. vorne Kapitel II.A.3.